

**LIBRE MERCADO**

## Derecho y telecomunicaciones

MANUEL IGNACIO FELIN

Actualmente, se halla en fase de tramitación el Proyecto de Ley General de las Telecomunicaciones, persiguiendo con alguna tardanza, respecto de ciertos países de entorno europeo, el intento de establecer un nuevo orden integral en sede de telecomunicaciones, estando dicho sector regulado actualmente mediante una ley de 1987 sucesivamente "remozada" por diversas reformas parciales, entre las que se incluye la operada en 1996, constituyendo la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

**D** ICHA Comisión se erige como órgano administrativo independiente, y su función principal consiste en regular adecuadamente el proceso de liberalización en sede de telecomunicaciones. Es decir, se trata de "regularizar el fenómeno de desregularización". Y es que resulta obvio que la implantación del principio -y sus consecuencias- de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones no se puede realizar sin la existencia de un cierto control, especialmente si se atiende a la especial importancia que revisten las telecomunicaciones. Así lo manifiesta ante el Senado francés el ministro François Fillon, a raíz de la reforma operada en 1996 en el vecino país: "El Gobierno ha querido una liberalización del sector de las telecomunicaciones que sea a la vez serena y equilibrada; serena, porque queremos garantizar el servicio público; equilibrada, porque perseguimos una concurrencia abierta y estimulante que esté al servicio del usuario."

Sin pretender negar la exigencia de dicha serenidad y equilibrio en el proceso liberalizador, lo que resulta ciertamente chocante es la referencia a la noción de "servicio público", que actualmente se bate en retirada o, al menos, experimenta una profunda transformación. Una clara manifestación de ello se encuentra en la nueva expresión "servicio universal", en absoluto sinónimo de "servicio público" (empleada no solamente en la legislación estadounidense -Telecommunications Act 1996-, sino también en la europea, como la ley francesa de 1996, o el mismo proyecto de ley español de 1997, entre otros).

Ello, además, es conse-



La Ley de Telecomunicaciones está todavía en fase de tramitación

cuencia del hecho incontestable de que el sector de las telecomunicaciones debe estar (deberá estar con la futura ley) marcado por la competencia y el Derecho privado, donde el perímetro de servicio público (Defensa Nacional, Protección Civil) responde a una gestión privada, de forma que, como ha afirmado Maisl respecto de la reforma francesa de 1996, dicha reforma supone que "el nuevo Derecho de las telecomunicaciones está marcado por un profundo retroceso del Derecho Administrativo...", sin duda, el Derecho Administrativo no estará ausente..., pero, en lo esencial, habrán de ser interpretados contratos

y convenciones de Derecho privado, aplicar el Derecho de la Competencia o el Derecho Penal. Muy significativo de todo ello es la separación en materia de recursos del ART (Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones) entre el Consejo de Estado y la Corte de Apelación de París".

### **Derecho privado**

Por lo que respecta a la referencia realizada al Derecho privado *in genere*, debe destacarse, por un lado, cómo ciertas resoluciones de la ART, órgano administrativo, serán objeto de conocimiento por tribunales ordinarios, concretamente la Corte de Apela-

*Resulta obvio que la implantación del principio de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones no se puede realizar sin la existencia de un cierto control, especialmente si se atiende a la especial importancia que reviste este sector*

”

“El aseguramiento de un espacio de libre competencia pasa, sin duda, por la atribución a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de una potestad normativa y sancionadora”

ción de París: especialmente todo lo referido a los acuerdos de interconexión de redes, que no son sino simples contratos privados. Igualmente resulta sintomático cómo certeramente ha observado De la Cuétara que el R.D. 1994/1996 (Reglamento de la CMT) subraya el lado privado de la actuación de la CMT en muchas de sus determinaciones; por ejemplo, al configurar un arbitraje sin carácter público o al extraer las instrucciones y circulares que dicte el procedimiento especial regulado en la LPAC para dictar disposiciones generales.”

#### La Comisión

En cuanto a la especial trascendencia del Derecho de la Competencia, resulta obvio. El aseguramiento de un espacio de libre competencia pasa, sin duda, por la atribución a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de una potestad normativa y sancionadora: lógicamente, sin la posibilidad de que la CMT pueda imponer el cumplimiento de sus propias instrucciones (recordemos que la CMT es una autoridad reguladora), la eficiencia de las mismas quedaría notablemente mermada. En el referido aspecto se contempla, a diferencia de otros modelos europeos, una auténtica autonomía e independencia orgánica por cuanto las instrucciones (denominadas Circulares de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, según Orden 9 de abril 1997), resultan vinculantes desde su publicación, a diferencia del sistema británico –Ofel– que precisa la intervención del secretario de Estado de Telecomunicaciones para que sus resoluciones tengan eficacia frente a terceros, lo que conlleva una fuerte vinculación entre autoridad reguladora –Ofel– y ejecutivo; lógicamente, la Ofel carece de potestad sancionadora.

Ello supone el acercamiento del modelo español al sistema francés y al norteamericano, cuya Comisión (FCC: Federal Communications Commission)

ha experimentado un incremento en sus funciones de control y vigilancia del mercado de las telecomunicaciones en la salvaguarda de la libre competencia tras la Telecommunications Act 1996.

Sin embargo, el proyecto español contempla, además, una fuerte intervención en la CMT en materia de defensa de la competencia en cuanto sus competencias no se limitan, como señalaría Frédéric Jenny, vicepresidente del Consejo de la Competencia francés, a la fijación *a priori* de las condiciones técnicas y financieras (especialmente de interconexión) que potencien la competencia permitiendo el acceso al mercado, así como las condiciones generales, estableciendo el marco en el cual la competencia es ejercida en función de los objetivos (de lealtad o de eficacia) asignados a la desregulación, sino que el propio texto proyectado contempla: a) la modificación por la CMT de los acuerdos de interconexión cuando de su contenido se pudieran derivar prácticas contrarias a la competencia o sea preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios, y conociendo igualmente de los conflictos relativos a los acuerdos de interconexión y al acceso a las redes públicas, así como de su interpretación, dictando al efecto una resolución vinculante impugnante en vía contencioso-administrativa; b) la determinación de si la obligación de la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que lo prestan.

Obsérvese que las referidas atribuciones abandonan el ámbito que F. Jenny denominaba “apriorístico” y entran de lleno en la esfera de la defensa de la competencia propia de los órganos de defensa de la competencia. ¿Qué es sino calificar de acorde con los criterios de la competencia la modificación de los acuerdos de interconexión para evitar prácticas contrarias a la competencia? Se establece, de este modo, un paralelismo o una relación de semejanza entre el texto transcrito del proyecto y el contenido normativo de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, en concreto con el capítulo primero de la misma por rúbrica *De los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas*.

¿Para qué, pues, los órganos de defensa de la competencia?

Abogado y profesor titular de Derecho Civil  
Universidad Carlos III  
de Madrid